

スペイン刑法のプロフィール

江 藤 隆 之

- I スペイン刑法参照の意義と本稿の目的
- II スペイン刑法典のプロフィール
- III スペイン刑法学のプロフィール
- IV 結語

キーワード：スペイン刑法，スペイン法，比較刑法，犯罪論体系

I スペイン刑法参照の意義と本稿の目的

600を超える条文を有する大法典である現行スペイン刑法典（Código Penal: 1995年）⁽¹⁾もその解釈学たるスペイン刑法学も，日本刑法研究者にとって比較的馴染みの薄いものである。しかし，これらの比較刑法学的探究は実に多くの学問的示唆を与えてくれる。⁽²⁾

スペインは，立憲君主国であると同時に大陸法圏に属する民主的自由主義国⁽³⁾である。周知のとおり，スペインが安定した民主的自由主義国となったのは比較的最近の歴史に属する。内戦などの歴史上の様々な苦難の末，フランコ独裁を経て，1975年からフランコの後継者であるが民主化を主導した国王フアン・カルロス1世の下で，ヨーロッパ諸国との協調を進めながら，民主制への移行が本格化した。その憲法的な結実が1978年スペイン憲法典であり，⁽⁴⁾刑法的な結実が1995年スペイン刑法典である。そのため，スペインにおいて20世紀の終わりごろに行われた現行刑法典編纂は，スベ

インの法伝統はもちろんのこと、大陸法諸国における精緻な20世紀刑法学の成果も取り入れられたものになっている。スペイン刑法典のいたるところで、ヨーロッパ刑法学の叡智を看取することができる。現に、前文において、刑法典編纂において議会の意見と並んで「判例の現状と学問理論の諸見解 (el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica)⁽⁶⁾」を念頭に置いたことが宣言されている⁽⁷⁾。さらに、現行スペイン刑法典は1995年から現在に至るまで約30回におよぶ大きな改正が継続的に行われている⁽⁸⁾。したがって、現行スペイン刑法典がいかなる規定を持つのかを識ることは、大陸法圏における刑法学の成果の立法的あらわれの一端に触れることにほかならない。

ところが、日本においてスペイン刑法の議論を参照する文献は極めて少ないのが現状である⁽⁹⁾。そこで、本稿はスペイン刑法のプロフィールを描き出し、日本刑法学におけるスペイン刑法との比較研究の端緒を拓くことを目的とする。

Ⅱ スペイン刑法典のプロフィール

(1) 法典化前史

スペインにおける広義の刑法の始まりは、呪術的あるいは宗教的性格 (carácter mágico o religioso)⁽¹⁰⁾ を有するものであった。この点は、ヨーロッパ全般における刑法史と変わらない。近代刑法典の始まりは、1822年刑法典に始まるが、その直前から説き起こそう。

1822年刑法典制定前、刑法典の萌芽として指摘されるべきは、1808年のバイヨンヌ憲法 (Estatuto de Bayona) および1812年のカディス憲法 (Constitución de Cádiz) である。

スペインの大半の支配権を握ったホセ・ボナパルトは、1808年にバイヨンヌ憲法を制定する。バイヨンヌ憲法はスペインにおけるフランスの支配を確立しようとしたものであるが、スペイン側の要求も少なからず反映された。そのため、形式的ではあるが、バイヨンヌ憲法には、法によらなけ

れば投獄されない旨の規定や拷問の廃止が謳われることになった。ただし、異端審問は縮小されながらも維持されることになった。⁽¹¹⁾

スペイン独立戦争が勃発すると、戦火を逃れてカディスに移ったコルテス（議会）は、スペイン亡命政権の様を呈した。そこでコルテスは、自由主義的な色彩を持つカディス憲法を1812年に公布した。このカディス憲法は先進的なものであったが、後にスペインに復帰した絶対君主志向のフェルナンド7世によって反故にされてしまう。⁽¹²⁾このことにより、カディス憲法は、自由主義の象徴的な旗印とみなされるようになり、後に復活、そして再び失効するなど、数奇な運命をたどることになる。

その後、1822年刑法典の制定を皮切りに、スペインでは何度も刑法の全面改正（新刑法制定）が行われることになる。具体的には1848年および1850年刑法、1870年刑法、1928年刑法、1932年刑法、1944年刑法および現行刑法典である1995年刑法の制定である。それぞれ触れておくべき特色について、以下に簡単に紹介しよう。

(2) 1822年刑法

1822年刑法典は、1810年のフランス刑法に範をとって制定されたとされているが、その実体は、様々な法のつぎはぎであった。⁽¹³⁾この法典は、フランスのナポレオン法典の他に、カステイーリャのフエロ・フスゴ（カステリャーノに翻訳されたローマ・西ゴート裁判法典）およびパルティダス（七部法典）の影響を受けていた。それは、制定を急いだためであり、やむをえない側面もあったが、内部的な統一性がとれておらず、安定性を欠いているとの問題を抱えることになってしまった。しかし、先進的な法であることに変わりはなく、その思想においては、ベンサム、ベッカリーア、モンテスキューなどの啓蒙思想や功利主義の影響を看取することができる。自由主義的な啓蒙思想の影響による1822年刑法の最大の功績は、罪刑法定主義を明確に導入したことである。⁽¹⁴⁾

(3) 1848年および1850年刑法

1848年刑法は、穏健な自由主義者たちの政権と1845年憲法の折り合いによってできたものであるが、カトリックに対する罪や国家に対する罪についてはなお厳しく処罰していた。1830年ブラジル刑法や1819年ナポリ刑法の影響を受けたともいわれる。⁽¹⁵⁾

この刑法は、罪を“delito (犯罪)”と“falta (軽罪)”とに区別する二元体系を採用し、刑法典を「総則規定」,「犯罪とその処罰」,「軽罪」の3つに分ける法構造を採用した点に特色がある。この3分構造は1995年の現行刑法典に受け継がれ、2015年に犯罪と軽罪の区別が削除されるまでスペイン刑法に採用されていた。⁽¹⁶⁾

1850年には、権威主義的姿勢を強める改正が行われ、あらゆる犯罪の陰謀と(共犯としてのではなく犯罪遂行段階としての)教唆が処罰されるようになり、公の秩序に対する罪などの罰則が強化された。⁽¹⁷⁾

この刑法典について、もっとも重要なことは、この刑法典が1928年刑法以外のすべての刑法典の原型となったということである。⁽¹⁸⁾

(4) 1870年刑法

イサベル2世の統治に終わりを告げる9月革命から王政復古までの6年間(1868年9月-1874年12月)、いわゆる民主主義の6年間(Sexenio Democrático)ないし革命の6年間(Sexenio Revolucionario)と呼ばれる時期に1870年刑法は制定された。これは、1869年憲法との整合性に配慮した刑法典であった。⁽¹⁹⁾

法技術的には、刑法典を3分する構造を維持している。特徴としては、憲法に認められた信仰の自由との整合性を保つため、カトリックに対する特別の保護を緩和した。また、議会に対する罪を新設し、個人の諸権利を認めた。⁽²⁰⁾

1870年刑法は、19世紀の間に様々な改正を受けた。

(5) 1928年刑法

プリモ・デ・リベラ将軍の独裁が始まると、法典制定委員会に新法典の制定が委ねられた。

1928年刑法は、3分された刑法典の前に「刑法とその適用範囲について (De la ley penal y su esfera de aplicación)」と題された序章を有し、その序章において罪刑法定主義を謳い、類推解釈を禁じ、時間的、場所的、人的適用範囲を規定した。また、1848年刑法と同様の表現で可罰的不作為犯と因果関係を規定した。⁽²¹⁾

さらに、本刑法典の特徴は、矯正学派 (correcionalismo)⁽²²⁾ の影響の下、刑罰の他に保安処分 (medida de seguridad) を採用し、二元主義を明確にした点にもある。この二元主義は、現行刑法に受け継がれている。⁽²³⁾

(6) 1932年刑法

第二共和政は、1928年刑法を廃止し、1870年刑法を復活させた。⁽²⁴⁾ それは、1932年5月に精緻化した形で公布され、同年12月に発効した。

本刑法は、1870年刑法と1931年共和国憲法の諸原則を基礎にしたものとなった。

保安処分は刑法典には規定されていなかったが、1933年8月4日の「浮浪者および悪行者に関する法律」 (la Ley de Vagos y Maleantes)⁽²⁵⁾ に定められることになった。⁽²⁶⁾

なお、本刑法は、死刑を廃止したが、フランコ時代の1938年に死刑が復活している。

(7) 1944年刑法 (旧刑法)

フランコ政権が始まると、フランコは1932年刑法をすぐに失効させ、種々の法律により新たな政治体制に適合する秩序を作ろうとした。これらの法は、国家の保護、家族や公序良俗の保護等の強化といった特徴があった。

1944年ようやく新刑法が制定されることになる。これが、いわゆる旧刑法である。この刑法は、法典を一般原則、犯罪とその刑罰、軽罪のとそ

の刑罰とに区分する伝統的な3部構成を採用した。

この刑法は、民主化にともなって、多くの改正が行われた。とりわけフランコ没後1983年の死刑廃止は特筆に値する⁽²⁷⁾。その後も、1984年、1985年、1987年、1988年と改正が続けられた。しかし、それだけでは民主的自由主義国家の刑法としては不十分であるとして、全面改正が——並行して——模索されることになった。

(8) 1995年刑法（現行刑法）

1979-1980年第1草案、1983年第2草案、1991年第3草案、1992年第4草案と、現代の価値観に相応しい刑法典が模索され⁽²⁸⁾、1995年、第4草案を基礎とした新刑法典が成立した。

現行刑法典の特色は、刑法典の前文として掲げられている「EXPOSICIÓN DE MOTIVOS」において説明されている。前文は「権力の行使をコントロールする一連の規範として法制度を定義するとしたならば、あらゆる市民社会における刑法の重要性は容易に理解可能である」と書き起こされる。旧刑法が前世紀の価値観を前提としていたため、刑法改革の必要性は論を俟たないとしたうえで、具体的に、刑罰システムの変革（自由刑に関する規則の簡素化や日数罰金制度、公益奉仕労働の導入）、新たなタイプの犯罪（社会経済・領土・天然資源に対する犯罪など）の追加、民主的な基本権保護の姿勢と名誉保護の明確化、公務員の強権的な地位の廃止と職務犯罪の明確化、性犯罪の保護法益が女性の純潔ではなく性的自由であることの明確化と差別の解消などが謳われている⁽²⁹⁾。20世紀刑法学の叡智を詰め込んだものであるといえよう。⁽³⁰⁾

(9) 1995年刑法の改正と現在

1995年刑法典は、制定以来現在まで細かいものを含めておよそ30回の改正を経ている⁽³¹⁾。その頻度はかなりのもので、1998年に2度改正されたのを皮切りに、1999年に2度、2000年に6度、2002年に2度、2003年に5度、2004年に1度、2005年に2度、2006年に1度、2007年に2度、2010年に2

度、2011年に1度、2012年に1度の改正を経て、2015年改正（3月30日に改正法が成立、同年7月1日施行、官報（BOE）への掲載2015年4月28日 BOE: 28/4/2015）により、現在の形となった。

このうち、特筆すべき重要な改正をいくつか取り上げてみたい。

1999年4月30日改正は、性的暴力、性的虐待、性的ハラスメントに関するものであった。1999年6月9日改正は、ドメスティック・バイオレンス被害者の保護に関して行われた。2000年12月22日改正は、テロ犯罪に対抗するための諸規定を整備した。2003年11月25日改正は、刑罰制度を見直し、いくつかの罪について自由刑の上限を引き上げた。2012年12月27日には、国家財政および社会保障に対する罪について改正を施した。

そのような中で、刑法総論の理論に最も影響を与える改正は2015年3月30日に行われた軽罪（falta）の廃止であろう。1848年刑法以来の伝統的な罪の二元的把握を廃止して、犯罪（delito）に一元化したのである。もちろん、軽い罪がなくなるわけではないから、今まで軽罪とされてきたものの一部は軽い罪（delitos leves）として、再構成されて規定されている。さらに同改正では、終身刑が創設された。

（10）現行スペイン刑法典の特色

現在のスペイン刑法典の特色を、日本刑法研究者の立場からいくつか挙げるとすれば、①近代刑法の諸原則の重視、②刑罰と保安処分の二元主義、③犯罪成立阻却事由の列举、④最近の議論を反映した各則の整備、⑤特色ある刑罰制度の5点を指摘したい。少し詳しく見てみよう。

①近代刑法の諸原則の重視

スペイン刑法典は、近代刑法の諸原則を繰り返し明示的に宣言する。スペイン刑法典を読み進めると、何度も様々な原則の宣言に触れることになる。たとえば、罪刑法定主義について、スペインは憲法25条⁽³²⁾1項で罪刑法定主義を定めたうえで、さらに刑法典において、第1条（罪刑法定主義の一般的宣言）、第2条⁽³⁴⁾（1項；刑の不遡及の原則、2項；行為者に有利な遡及効の承認⁽³⁵⁾）、第4条1項⁽³⁶⁾（明確性の原則の宣言）、第10条⁽³⁷⁾（犯罪をこの

法律に定められた故意または過失による作為犯および不作為犯であるとする宣言)などを置いて明文で何度も確認している。不真正不作為犯についても11条(不作為犯に義務違反, 等価性を求めつつ, 作為義務の発生根拠として法令・契約・先行行為を挙げる⁽³⁸⁾条文)でその可罰性を具体的に規定している。

また, 10条は単なる罪刑法定主義の宣言にとどまらず, 犯罪を「作為」, 「不作為」に限るとする行為主義の宣言でもあるが, 行為主義はさらに第15条⁽³⁹⁾(既遂と未遂が可罰的であるとする宣言)で改めて(15条は罪刑法定主義にも関係している)確認されている。もちろん, 10条は, 故意または過失がある場合しか犯罪とならないという意味における責任主義の意味も担っていると読めるが, この責任主義については, 第5条⁽⁴⁰⁾(故意または過失なければ刑罰なしという宣言)が, 故意・過失がないものは処罰しないことをすでに宣言しており, 10条は責任主義の2度目の確認である。責任についてはさらに第14条⁽⁴¹⁾で, 過失処罰は例外的であることを規定し, 故意犯処罰の原則を宣言している。

このように, スペイン刑法は刑法の諸原則を何度も何度も様々な表現を用いて宣言しているのである。

②刑罰と保安処分の二元主義

スペイン刑法典は, 刑罰(pena)と保安処分(medida de seguridad)の二元主義を採用している。保安処分については, 6条1項が犯罪に示された行為者の「危険性(peligrosidad)」を基礎にすることを宣言し, 2項でそれが適用されるべき刑罰よりも重くなることおよび行為者の危険性を防ぐために必要な程度を超えて科すことを禁止している。また, 保安処分は, 犯罪後にしかおこなうことができず, 事前の処分は不可能である。さらに, 保安処分も保安処分法定主義に服しており, 法律によって規定がある場合にのみ適用が可能である(1条2項)。

保安処分は, 96条によって, 自由を剥奪する処分(medidas privativas de libertad)と自由を剥奪しない処分(medidas no privativas de libertad)とに区別され, 前者については各種施設収容等が, 後者については, 資格剥

奪や観察等が定められている。

③犯罪成立阻却事由の列举

現行スペイン刑法典は、刑法学の理論を取り入れて立法したにもかかわらず、犯罪成立阻却事由を違法性阻却事由と責任阻却事由とに明文で区別しておらず、刑法20条にまとめて列举している。この方式は、やはり犯罪成立阻却事由を列举していた旧刑法8条を受け継いだものであるといえる。20条は、「以下の行為は罰しない⁽⁴²⁾」としたうえで、1号に精神異常と原因において自由な行為の除外、2号に薬物・アルコールによる予期しない精神異常、3号に知覚障害、4号に正当防衛とその要件⁽⁴³⁾、5号に緊急避難とその要件⁽⁴⁴⁾、6号に克服不能な恐怖、7号に正当業務行為を定め、1号ないし3号については保安処分に附す旨を規定する。続く21条には、同様に減輕事由が列举されている。

④最近の議論を反映した各則の整備

各則の規定は実に多岐にわたるのですべてを紹介することは到底不可能であるが、現代的な意義を有し、日本刑法典に規定されていないあるいは日本刑法典の規定が不十分であると考えられる分野に関する罪を簡潔に列举すれば、遺伝子操作に関する罪、ドメスティック・バイオレンスに関する罪、領土・歴史遺産・環境に対する罪、国際的共同体に対する罪（元首殺害やジェノサイド等）などがあげられる。近年は、とりわけ家庭内暴力に関する罪、性的自由に対する罪、交通の安全に対する罪、領土に対する罪などが改正・整備された。

ドメスティック・バイオレンスについては、個々の暴行や脅迫等の行為がたとえ軽い行為であったとしても、通常ドメスティック・バイオレンスの場合、一定の継続的關係性および当該家庭等内における力關係の差を背景とした常習性があるのが通例であり、これを軽い罪として扱うのは不適切であると考えられるに至った。そこで、重罪（delito）と軽罪（falta）とが区別されていた2003年に虐待、示凶器等脅迫の軽罪を重罪とする改正が行われ（現在は前述のとおり重罪と軽罪の区別は失われており、すべて犯罪（delito）である⁽⁴⁵⁾）、2004年末にはもっぱら妻等の女性および被害者と

同居する特に傷つきやすい者 (una persona especialmente vulnerable)⁽⁴⁶⁾ に向けられた暴力等を厳罰化する改正が行われた。有力な学説は、この改正に批判的であった。というのも、この改正では、男性から妻等に対する一度きりの軽度の脅迫であっても、他の罪と均衡を失するほどに極めて重く処罰されることになるからである。これに対し、憲法裁判所は2008年5月14日に、これらの規定は平等を定めたスペイン憲法14条に反しないとしたが、学説からは実際の適用においての限定的な解釈が求められている。女性刑法学者であるアラストウエイ・ドボンも批判的な見解を持つひとりである。アラストウエイによれば、このような規定は行為の動機が性差別的な場合に限定的に適用されるべきであるが、スペイン刑法には差別的な動機による刑の加重規定(22条5号)がすでに存在するため、このような改正は不要であったという⁽⁴⁷⁾。

交通の安全に対する罪は、これまで行政法の問題であった交通違反行為のうち典型的に危険な速度超過や無謀運転等を犯罪としたものである。

領土に対する罪は、国内に独自の言語・文化を持つ自治州を抱え独立運動も盛んなスペインにおいて、現代的・現実的な問題であり、本稿執筆時現在(2018年春～夏)においてもなお議論が続いており、刑法改正が政治的な争点を形成している⁽⁴⁸⁾。

⑤特色ある刑罰制度

死刑(pena de muerte)については、1932年廃止、1938年復活、1978年軍刑法以外については廃止⁽⁴⁹⁾、1995年軍刑法も含めて完全廃止となった⁽⁵⁰⁾。

自由刑(自由剥奪刑: penas privativas de libertad)は、「禁錮(prisión)」, 「期間居住地指定(localización permanente)」および「罰金不納付責任(la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa)」が35条に定められている。有期の禁錮刑は、原則20年が最長だが、罪によっては25年(473条1項: 内乱罪の首謀者)や30年(473条2項: 武器使用内乱、大規模混乱内乱などの加重内乱罪)など特別に重い刑が予定されている場合もあり、これらが複数犯されるなど刑が加重される場合には、最長40年の禁錮が予定されている(76条)。なお、伝統的に終身刑(cadena perpetua)

を持たない（19世紀まで例外的に終身刑が使われてきたにすぎない）ことに特徴があったスペインであるが、2015年改正より直訳すると「見直し可能な永久禁錮」（*prisión permanente revisable*）の名で「相対的終身刑」（PPR）が制定された。これは16歳未満の者に対する殺人、性的自由に対する罪の後の殺人、組織的テロ、国家元首に対する殺人、人道に対する罪などの重大犯罪に適用されることになっている（たとえば国王等殺人罪485条1項）。「見直し可能な」とは、一定期間（25年）服役後に審査を経て仮釈放の可能性があることを意味している。このPPRの制定は、国民的な議論を呼び、廃止論も強く主張されている。期間居住地指定は、保安処分に近い性質を有する刑で、社会と隔絶していない場所に一定期間受刑者をとどめさせることにより、短期自由刑の弊害を回避しつつ更生目的を達成しようとするものである。受刑者の自宅ないし裁判官が判決で指定した場所に指定された最長6ヶ月までの期間居住するものと週末の拘束（*arresto de fin de semana*）との融合であり、様々な要件を考慮することができる。罰金刑不納付の場合は、それによって自由を剥奪される。

権利刑（権利剥奪刑：*penas privativas de derechos*）は、刑法39条a文ないしj文に列举されている。順に、絶対的権利剥奪、特別権利剥奪（公職、職業、後見などの権利剥奪）、公職の停止、運転免許剥奪、武器所持権の剥奪、特定の場所への居住・接近禁止、被害者等への接近禁止、被害者等との連絡禁止、親権剥奪である。

罰金刑は、日数罰金制度を導入している。

スペインの刑罰制度は死刑がなく、権利剥奪刑が充実していることに特色がある。終身刑については、2015年に復活したため、スペイン刑法の特色のひとつであった「終身刑がないこと」という点は失われた。

以上の通り、スペイン刑法典には様々な特色がある。以下に、学問としてのスペイン刑法学を概観してみよう。

Ⅲ スペイン刑法学のプロフィール

1) 学派の争いと体系構築の争いと現在

スペイン刑法学にも、学派の争い（lucha de escuelas）は大きな影響を与えている。学派の争い自体を描写しても、日本刑法学にとって既知のことばかりであるので、その詳細には触れないが、スペイン刑法学の一般的教科書においてどのように古典学派（escuela clásica）と近代学派（escuela positiva）に触れているのかを紹介しておこう。たとえば、ランデチョ・ベラスコとモリナ・プラスケスの教科書には、以下の表が掲げられている。⁽⁵¹⁾

学派	主唱者	方法	中心	責任	制裁	学問領域
古典学派	カッラーラ	演繹的	犯罪	有責性	刑罰	刑法学
近代学派	ロンブローゾ	帰納的	犯罪者	危険性	処分	犯罪学

このように、イタリアにおける学派の争いを表にして紹介した後、ランデチョとモリナの教科書は、フォイエルバッハやリストなどの名を挙げてドイツにおける学派の争いを紹介する。ドイツにおける争いも周知のものであるため省略し、そのスペインへの影響のみを簡潔に描写したい。

リストの最初のスペインへの影響はキンティリアノ・サルダーニャに与えたものである。⁽⁵²⁾キンティリアノは、刑法が現実社会に与える帰結こそ重視すべきである刑事実用主義を主張し、その考えは1928年の刑法典に影響を与えた。

古典学派の立場は、イタリア古典学派およびドイツ古典学派の双方が、スペインに影響を与えた。この立場が、古典学派のいわゆる因果論の立場として、アントン・オネカ、クエリヨ・カロン、ヒメネス・デ・アスア、⁽⁵³⁾ブッチ・ペニャ、キンタノ・リポリエス、ロサル、ロドリゲス・デベサなどに受け継がれ、さらに、⁽⁵⁴⁾バホ・フェルナンデス、コボ・デル・ロサル、ロドリゲス・モウルーリヨ、セラノ・ゴメスなどに継承された。

このような刑法の存在意義や目的に関する学派の争いは、日独と同様に

現在ではほぼ収束したが、犯罪論体系の構築をめぐるなお、細かくは4派、大きくは2派に区分して学説の争いを描写することが可能である。

犯罪論体系構築をめぐる4派とは、細かく見れば、古典派 (Clasicismo)⁽⁵⁵⁾、新古典派 (Neoclasicismo)⁽⁵⁶⁾、目的的行爲論 (Finalismo)⁽⁵⁷⁾、機能主義 (Funcionalismo)⁽⁵⁸⁾ である。このうち、前2者が大きく区分した場合における因果論 (日本における結果無価値論) 的立場、後2者が広義の目的的行爲論 (日本における行為無価値論) 的立場として理解される。古典派は、19世紀後半から20世紀の初頭、新古典派は20世紀初頭およびメツガーの1931年論文⁽⁵⁸⁾の時代、目的的行爲論は1930年代から第二次世界大戦後、機能主義は20世紀最後の30数年に興ったと理解されている⁽⁵⁹⁾。古典派は、不法を客観的・記述的にとらえようとする点に、新古典派は不法を客観的にとらえようとしつつも、規範的構成要件要素や特殊の主観的不法要素は認める点に、目的的行爲論は存在論哲学の観点から人間の行為を目的性概念によってとらえ直し、主観的不法要素を正面から認める点に、機能主義は狭義の行為論においては目的的行爲論に賛同しないものの、目的的行爲論と同様に主観的不法要素を正面から認める点にそれぞれ特徴がある。

このような体系構築の争いの引き金を引いたのは、目的的行爲論の登場である。目的的行爲論の登場以来、犯罪論体系の諸カテゴリーに犯罪成立要素を位置づけようとする潮流を引き起こし、現在のような議論状況を作り出した。⁽⁶⁰⁾

なお、近年は広義の目的的行爲論の体系 (sistemática finalista)、すなわち目的的行爲論または機能主義にもとづく人的不法論を採用する論者が多い。狭義の目的的行爲論者として、バシガルポ、ベリスタイン・イビニャ、ブストス・ラミレス、セレス・ミール、コルドバ、スアレス・モンテスとその弟子たちがいる。これら狭義の目的的行爲論者にくわえて、主観的違法要素を認める機能主義の学者たち、たとえば、ハンブルク大学で博士号を取得したヒンベルナト・オルデイグ⁽⁶¹⁾を筆頭に、アロヨ・サパテロ、ベルドゥゴ・ゴメス・デ・ラ・トーレ、ゴメス・ベニテス、ウエルタ・トシルド、ルソン・ペニャ、ミール・プッチ、ムニョス・コンデ、オクタビオ・

デ・トレド、キンテロ・オリバレス、テラディリヨス⁽⁶²⁾がいる。この機能主義の流れは、スペインにおけるロクシンおよびヤコブスの受容⁽⁶³⁾にともな⁽⁶⁴⁾って勢力を広げている。これらの論者が日本におけるいわゆる二元的行為無価値論者⁽⁶⁵⁾のような立場をとり、スペインにおける通説を形成している。

2) 犯罪論体系

スペイン刑法学においても、通説的な見解によれば、犯罪とは構成要件(tipo)に該当し、違法(antijurídico)で有责(culpable)な行為⁽⁶⁶⁾であり、それに加えてこれらが可罰性(punibilidad)を有するときに成立する。

それぞれの概念のアウトラインを見てみよう。⁽⁶⁷⁾

構成要件該当性(tipicidad)とは、法律によって禁圧されている行為のみを処罰するという罪刑法定主義の原則から要求される。これは、現実に行われた所為(hecho)が法律の記述する事態(hecho)に当てはまる性質⁽⁶⁸⁾をいう。このような性質が求められるのは、一般的原理としての罪刑法定主義によるだけでなく、スペイン刑法10条が「この法律によって処罰される故意または過失による作為および不作為が犯罪である」と犯罪を定義しているため、「この法律による(por la ley)」かの定型的判断が条文上要求されていると理解されているからである。なお、行為を構成要件から独立した犯罪要素としてみない論者、すなわち裸の行為論を採用しない論者が多く⁽⁶⁹⁾、通常の場合は行為は構成要件の要素であると理解されているが、ルエダ・マルティンのように、「作為または不作為」を構成要件に前置⁽⁷⁰⁾される犯罪構成第1の要素であると明示的に宣言する論者もいる。

違法性(antijuridicidad)とは、現実に行われた行為と法規範の要請とが矛盾⁽⁷¹⁾することをいう。この判断は、法益侵害または法益の危殆化に関する客観判断である。具体的には、違法性阻却事由(正当防衛、緊急避難、正当業務行為、同意にもとづく行為)の有無が判断される⁽⁷²⁾。なお、通説的体系からは、故意・過失といった一般的主観的不法要素が認められる⁽⁷³⁾。

責任・有责性(culpabilidad)は、無価値な行為を行った為者に対する非難可能性判断である。このカテゴリーを規範的に把握するか、心理的に把

握するかについては、違法性をどう理解するかに大きな影響を受ける。

可罰性 (punibilidad) は、刑罰適用の可能性・必要性を判断するものである。これを、犯罪論体系の内部に位置づけるか否かについては、学説上の争いがある。

学説上の争いの主軸は、日本におけるいわゆる結果無価値論と行為無価値論との争いとほぼ同様に、故意・過失といった一般的主観的不法要素を認めるか否かにある。この争いを、結果無価値論的立場を因果論 (causalismo)、行為無価値論的立場を目的的行为論 (finalismo) と呼んで図式化することがある。したがって、「目的的行为論」と呼んでいてもい(74)わゆるヴェルツェル流の狭義のものではないことに注意が必要である。

オブレゴン・ガルシアとゴメス・ランスの教科書に掲げられている表を(75)見てみよう。

因果論	目的的行为論
行為 客観的外部的側面 (身体的動静+結果=因果経過)	行為 客観的要素：客観的外部的側面 (身体的動静+結果=因果経過) 主観的要素：故意または過失
責任 答責性 責任形式として：故意または過失 他行為可能性	責任 答責性 違法性の認識：行為の違法意味の意識 他行為可能性
*故意 認識： —構成要件要素の認識 —違法意味の認識 構成要件的行為実行の意思	*故意 行為の要素の認識 構成要件的行為実行の意思

この表において「行為」とされているのは、構成要件と違法性とを合わせた意味での「行為」(いわゆる「不法」の用法に近い)である。すると、この表からは、目的的行为論と名づけられているものは、主観的違法要素を認める見解と責任説の組み合わせであり、因果論と名づけられているものは、主観的違法要素を認めない見解と故意説の組み合わせであると読み

取ることができよう。

このような犯罪論の大まかな組み立て方は、細かい点や用語法については——そもそもスペイン語の修辞上の特色もあり⁽⁷⁶⁾——注意すべきであるものの、日本の議論と大きくかけ離れたものではないといえるだろう⁽⁷⁷⁾。

IV 結語

スペイン刑法のプロフィールをスケッチすることによって、様々なことが明らかになった。

日本刑法学とスペイン刑法学は、ドイツ刑法学の継受という点においてはいわば近縁の関係にあり、用語法に一定の注意が必要であるものの、噛み合う議論を行うための土俵はすでに十分に整っている。そうであるのに、相互に参照することがほとんどない現状は学問的に残念な状況である。

法典編纂の点でいえば、条文数の少ない古い刑法を幾度かの改正を経つつ使用している日本と、条文数の多い刑法典を新しく制定したスペインとでは対照的な状況にあるといえる。このような状況にあって、条文数の少なさから解釈の余地が大きい日本刑法学と、緻密な条文を持ちながら解釈学的努力にもとづいて頻繁な改正を行っているスペイン刑法学の解釈学的異同についての研究は、学問的果実をもたらすであろう。たとえば、スペインには詳細な規定があり日本にはさほど詳細な規定がないにもかかわらず同一の学問的帰結に至る論点については、その解釈には実定法の文言以外の何かの影響が強くあるのではないかと思ひ至ることができるだろう。反対に、ほぼ同一の規定を有しながらも異なった解釈に至る論点もあるかもしれない、そのような場合にはやはり実定法以外の考慮が解釈に影響していると考えることができよう。また別の論点では、異なる規定を有するがゆえに、直接異なった解釈的帰結が導かれている場合もあるだろう。その場合は、当該解釈における実定法規の「強さ」が確認されることになるだろう。このことは、おそらく刑法学の発展に資するだけでなく、「我々は何を手掛かりに解釈を行っているのか」という法学の根本問題の解明にも資する

ものとなるように思われる。

また、理論刑法学をメタに俯瞰する際、スペイン刑法学の立ち位置を知っておくことは、ドイツ刑法学と日本刑法学との関係ないし距離を相対化し、あるいは対象化する一助となるだろう。日本におけるドイツ刑法学の受容が、どの点において比較的強い受容であり、どの点において比較的弱い受容であるのか、独自の歴史・法文化を持ちながらもドイツ刑法学の影響を強く受けているスペイン刑法学はその適切な比較対象となりうるに違いない。

さらに、刑法学の各争点において、参考となりうる新たな見解をスペイン刑法学の中に見出すこともあるだろう。あるいは、日本刑法学において唱えられてきた見解に対する有効な批判を、思いもかけずスペイン刑法学の議論に発見するかもしれない。このような比較刑法の試みは、刑法学固有の争点の深化に寄与することが期待される。

くわえて、先端の改正を繰り返しているスペイン刑法から、刑事立法への示唆を直接得ることも可能である。

本稿は、スペイン刑法のアウトラインのスケッチにとどまっているが、それでも少なくない学問的果実の萌芽を含んでいると考える。それは、日本刑法学にとってほとんど未踏の大地であるスペイン刑法学に多くの宝物が眠っていることの証左であるともいえよう。

(了)

- (1) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. スペインにおいて「法律」は一般的な法律である「普通法 (ley ordinaria)」と基本権や公的自由等を規制する重要な法律であり制定・改正等に普通法より厳格な手続が定められている「組織法 (ley orgánica)」とに分かれており、刑法は「組織法」として定められている。組織法は、成立・改正のために議会において成立に出席議員でなく全議員の過半数（絶対過半数）が要求され（憲法81条）、法案の議決について委員会への委任が禁止され（憲法75条3項）、立法権の内閣への委任（憲法82条1項）が禁止されている。

なお、本稿は、執筆時（2018年春～夏）に参照しているいわゆる2018年1月1日現在（最近改正2015年3月30日、最近改正官報掲載2015年4月28日、最近施行日2015年7月1日）の“Código Penal”を基に論じている。現在、分離独立問題との関係において、刑法各則のさらなる改正を主張する声もあるが、その問題については取り上げない。

- (2) スペイン刑法の術語の定訳はほとんど存在しない（ただし、山田信彦『スペイン語法律用語辞典』（信山社、2006年）参照）ため、参照の便宜のために必要に応じてその都度原語を表示する。

なお、固有名詞等を読み易くするために、カタカナで表記することがあるが、その際は、あまりにも広範な地域で使用され、発音に地域差・世代差・個人差があるスペイン語であるため、以下の法則で統一して表記する。“ll”はジェイスモしない「リャ」の発音が標準であるため「リャ」で表記する（castellano: カステリャーノ）。語尾のdは無音化する（universidad: ウニベルシダ）。アクセントに促音は使わず長音記号を使う（González: ゴンサーレス）。が、アクセントを強調する必要がないときは、長音記号も使わない（pena: ペナ）。ただし、以上にかかわらず以下の場合を例外とする。日本語にカタカナ表記の慣行がある場合は、日本語の慣行に従う（España: スペイン、Madrid: マドリード）。カタラン（カタルーニャ語）の言葉については、カタランの発音に従う（Puig: プッチ）。人名であり、当人やその周辺がどう発音しているのかが映像や音声データ等で確認できる場合はその発音に最も近いカタカナを当てる。

姓の表記については、以下の原則に従う。スペイン人の多くは姓を父親由来のものと母親由来のものとで2つ持つが、その場合、本稿では本文・脚注のそれぞれにおいて、カタカナ・原語のそれぞれの初出の際には第1姓・第2姓を並列で表示し、2度目以降は第1姓のみで表示する。ただし、第2姓を表示する必要がある場合（たとえば第1姓が同姓である者を複数取り上げる場合や、第2姓を特に示す必要がある場合）には第1姓・第2姓を繰り返し表示する。

この規則は、本稿だけでなく、特に個別に断らない限り、今後の私のスペイン語を使用した論文のすべてに適用する。

- (3) スペイン憲法はドイツ基本法の影響を強く受けている。たとえば、スペイン憲法1条1項は、スペインを「社会的かつ民主的国家（un Estado social y democrático）」であると宣言しているが、これはドイツ基本法20条1項「ドイツ連邦共和国は、社会的かつ民主的な連邦国家である。

(Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.)」の影響であろう (Salvador Rodríguez Artacho・池田実「憲法」日本スペイン法研究会・サラゴサ大学法学部・Nichiza 日本法研究班『現代スペイン法入門』(嵯峨野書院, 2010年) 48頁参照)。憲法 1 条 2 項は国民主権を謳っている。

- (4) 新刑法の立法者意思・議会での議論を論じたものとして, Lopez Garrido, *El Código Penal de 1995 y la voluntad de legislador*, Comentario al texto y al debate parlamentario, 1996. 参照。
- (5) スペイン刑法学においては, 日本刑法学と同様に, ドイツ刑法学の強い影響を看取することができる。一般的なスペイン刑法学の教科書の参考文献欄 (Carlos María Landecho Velasco/ Concepción Molina Blázquez, *Derecho Penal Español Parte General*, 10.^a Edición, 2017, pp. 43s) を開けば, バウマン, ハッセマー, ヤコブス, イェシェック, リスト, マウラッハ, メツガー, ロクシン, ザウアー, シューネマン, シュトラーターンヴェルト, ヴェルトツェル, ヴェッセルスなどの名前を見ることができ, これらの文献がスペイン語に翻訳されていることを知ることができる。他の教科書の参考文献欄 (Antonio Obregón Gracia/Javier Gómez Lanz, *Derecho Penal Parte General: Elementos Básicos de Teoría del Delito*, 2.^a Edición, 2015, p. 26.) でも, ヤコブス, イェシェック, ロクシンの名を見ることができる。
- (6) “jurisprudencia” には, 「法学」という意味もあるが, 「判例」という意味で使用するのが通例であり, ここでも後半に学説を表す表現が併記して使われているため「判例」と訳した。
- (7) En la “EXPOSICIÓN DE MOTIVOS” de Código Penal.
- (8) 1995年刑法は, 1998年6月15日に行われた第1回改正 (Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio) から数えて, 2015年3月30日に行われた改正 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo y Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo) まで実に29回の改正を経ている。各則規定の整備がほとんどだが, 最近改正である2015年改正では, 1848年以來のスペイン刑法において伝統的になされていた重罪 (delito) と軽罪 (falta) の区別を廃止し, 原則として犯罪 (delito) に統一するという大改正を施した。これにより, 軽罪は, その一部を軽犯罪 (delitos leves) として再構成されて規定されている。
- (9) 森下忠『海外刑法の旅』(成文堂, 2017年) 112頁以下は, スペイン刑法を紹介している。しかし, 同稿の初出が, 1997年および2006年であり,

2015年に行われた“delito”と“falta”の区別廃止や終身刑創設などの重要改正を反映していないものとなっている。また、ドイツ刑法との比較的观点から書かれたもので邦語で読める文献として、ヴァルター・ペロン〔高橋則夫訳〕『正当化と免責——刑法の構造比較』（成文堂，1992年）とりわけ128頁以下があるが、これもその理論的な意義は色あせないものの、前提となっている法典は旧刑法である（原著であるペロンの博士論文は1986年8月完成である）。

- (10) Antonio Zárate Conde/Eleuterio González Campo, *Derecho Penal Parte General*, 2015, p. 55.
- (11) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 58.
- (12) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 58.
- (13) 森下・前掲注(9)112頁。
- (14) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59.
- (15) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59; ペロン・前掲注(9)130頁。
- (16) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59.
- (17) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 59.
- (18) Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 119.
- (19) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 60.
- (20) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 60.
- (21) Zárate/ González, PG (nota 10), pp. 60s.
- (22) 「犯された罪によって罰せられるのではなく、再び罪を犯さないようにするためにである」との標語の下、刑罰を犯人の意思の不法性の改善に適切な措置とすべきであるとした学派で、フリアン・サンス・デル・リオ（1814-1869）、フランシスコ・ヒネール・デ・ロス・リオス（1839-1915）、ベドロ・ドラド・モンテロ（1861-1919）などがいる。v. Zárate/ González, PG (nota 10), p. 52.
- (23) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 61.
- (24) Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 121.
- (25) いわゆる反社会的な者からの社会防衛を定める秩序維持法であり、法律名に“vagos（浮浪者／怠け者）”と“Maleantes（ごろつき）”の名が冠せられている。邦訳については、ペロン・前掲注(9)131頁の高橋則夫訳がドイツ語訳からの再訳であるが適切であるのでこれによった。森下・前掲注(9)121頁は、同法を「浮浪者及び非行者法」と訳すが、こちらの訳も適切である。
- (26) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 61.

- (27) 森下・前掲注(9)14頁。Sobre la reforma de 1983 v. también, Landecho/ Molina, PG (nota 5), pp. 121s.
- (28) 草案とその年については、どの段階を採用するかによって若干前後するが、ここでは森下・前掲注(9)14頁によった。他に、1980年 (Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980), 1983年 (Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983), 1990年草稿を基にした1992年 (Proyecto de Código Penal de 1992; Borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 1990) に区分するものとして、Landecho/ Molina, PG (nota 5), pp. 123s.
- (29) スペイン刑法は、明文で性犯罪の保護法益は性的自由 (libertad sexual) であることを示している。たとえば、
Artículo 178.
El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años. (178条 暴行または脅迫を用いて他者の性的自由を侵害する者は、性的攻撃の罪として1年以上5年以下の自由刑に処する。)
- (30) このような刑法の大幅な刷新は、あらゆる分野の理論家・実務家に比較的好意的に受け入れられた (Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 125.)。
- (31) Zárate/ González, PG (nota 10), pp. 64ss.
- (32) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. (行為時に有効な法律によって実行の時に犯罪、軽罪または行政上の違犯行為を構成しない作為または不作為は、有罪とされまたは制裁を科されない。)
- (33) Artículo 1.
1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración. (1条1項 いかなる作為も不作為も行為遂行より前の法律によってあらかじめ犯罪であると定められていなければ罰せられない。)
2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos establecidos previamente por la Ley. (2項 保安処分は、法律によってあらかじめ定められた事由がある場合にかぎり、適用される。)
- (34) Artículo 2.

1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad. (2条1項 いかなる犯罪も、その行為以前に法律になかった刑罰をもって罰せられない。同様に、保安処分を定める法律も遡及効を欠く。)

- (35) 憲法9条3項は、「個人の権利にとって不利または個人の権利にとって規制的な制裁条項の不遡及」を保障している。この憲法規定によって有利な効果の遡及は認められることになる。

- (36) Artículo 4.

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. (刑罰法規は、明確に刑罰法規に包含される事態以外には適用されない。)

- (37) Artículo 10.

Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. (10条 この法律によって処罰される故意または過失による作為および不作為が犯罪である。)

- (38) Artículo 11.

Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

(11条 結果の発生を含む犯罪は、その結果を回避せず、行為者の特別な法的義務を侵害することが、法規の観点から、その結果をもたらす原因と相当する場合にかぎり不作為犯である。このため、以下の不作為は作為に同等である：

- a) 特定の法律上の義務または履行すべき契約上の義務があるとき。
- b) 不作為者が先行作為または先行不作為によって法的に保護すべき利益に対する危険源を作出したとき。)

- (39) Artículo 15.

Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito. (15条 既遂犯および未遂犯は可罰的である。)

(40) Artículo 5.

No hay pena sin dolo o imprudencia. (5条 故意または過失によらなければ刑罰はない。)

(41) Artículo 12.

Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley. (12条 過失の作為または不作為は、その処分が法律に明示されている場合にかぎり罰せられる。)

(42) “Están exentos de responsabilidad criminal” の “exentos de responsabilidad criminal” は、直訳すれば「刑事責任の免除」であるが、この「刑事責任」は犯罪論体系における行為責任を意味する「責任」ではなく、日本刑法典の条文に見られる「罰しない」という意味であると解されるため、そのように訳出した。

(43) 正当防衛の法定の要件として、本人または他人のための防衛であることを前提に、①差し迫った不正の侵害、②手段の合理的必要性、③自招性の欠如が必要である。

(44) 緊急避難の法定の要件として、自己または他人の権利を守るためであることを前提に、①現実の害と避けようとした害との均衡、②自招性の欠如、③特別の義務の欠如が必要である。

(45) 妻等とは、妻およびそれと同様の感情関係で行為者に結びついている女性をいい、同居の有無を問わない。たとえば、刑法148条4号や171条4項等参照。

(46) たとえば同居の子やパートナーの連れ子等がその例である。刑法140条。

(47) Carmen Alastuey Dobón・稲垣清訳「刑法」『現代スペイン法入門』前掲注(3)139頁。

(48) 2018年7月22日に野党第一党である保守系の国民党 (Partido Popular) の党首に選出されたパブロ・カサド・ブランコ (Pablo Casado Blanco) は、カタルーニャ独立の住民投票を念頭に、住民投票の違法な実施を禁じる刑法改正を目指すと宣言した (v. La Sexta TV 2018/7/26, https://www.lasexta.com/noticias/nacional/pablo-casado-propone-penalizar-la-convocatoria-ilegal-de-referendum_201807265b59b8160cf2ed1bb43cb6ab.html (2018年8月19日閲覧)); también, Eldiario, 2018/7/26, https://www.eldiario.es/catalunya/politica/Casado-candidaturas-constitucionalistas-Catalunya-municipales_0_796870518.html (2018年8月19日閲覧))。

(49) 1978年憲法による廃止であり、刑法典の改正は1983年。

- (50) Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.
- (51) Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 99.
- (52) Quintiliano Saldaña (1878-1938), v. Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 115.
- (53) ヒメネス・デ・アスアがベーリングや M・E・マイヤーに依拠して犯罪論体系を構想したと指摘するものにペロン・前掲注(9)151頁。
- (54) v. Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 116.
- (55) ここでいう「古典派 (clasicismo)」は刑法の目的等に関する「古典学派 (escuela clásica)」とは異なる区分であり、あくまで体系の立て方に関する区分であることに注意が必要である。古典派は、違法性における「客観主義」といったような意味合いであり、リストも含まれる。v. María Ángeles Rueda Martín, El concepto de delito, en Carlos María Romeo Casabona/ Esteban Sola Reche/ Miguel Ángel Boldova Pasamar (Coordinadores), Derecho Penal Parte General, 2.^a Edición, 2016, p. 84.
- (56) Normativismo (規範主義) とも。
- (57) 行為論をめぐる争いとしては、行為の因果的理解 (concepto causal de acción), 行為の目的的理解 (concepto final de acción), 行為の社会的理解 (concepto social de acción) の3概念で争っている。v. Joaquín Cuello Contreras/ Borja Mapelli Caffarena, Curso de Derecho Penal Parte General, 3 ed, 2015, p. 67s.
- (58) ロドリゲス・ムニョスによるメツガー論文のスペイン語への翻訳が大きな影響を与えたといわれている。Edmund Mezger, Tratado de Derecho Penal, vol. I-II, Traducción y notas de Arturo Rodríguez Muñoz, 3^a Edición, Revista de Derecho Privado, 1955-1957.
- (59) Obregón/Gómez, PG (nota 5), pp. 30ss.
- (60) Rueda, PG (nota 55), p. 89.
- (61) Enrique Gimbernat Ordeig, Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, FS-Henkel, 1973, S. 151ff. など、ドイツ語で彼の機能主義的な構想が示されている論文に触れることができる。なお、彼はセビリャ生まれマドリッド育ちのカタルーニャ人であり、彼の第2姓 “Ordeig” はカタラン風に読めば「オルデチ」になると思われるが、スペインでは彼をあえてカタカナで表記すれば「ヒンベルナト・オルデイグ」と書ける呼び方で紹介する (インターネットにアップされている

シンポジウムの動画等でも確認できる)ので、本稿では「オルデイグ」のカナ表記を採用した(外国語を無理やりカタカナで書くのだからいずれにせよ不正確さは免れないが)。

- (62) v. Landecho/ Molina, PG (nota 5), p. 116.
- (63) Rueda, PG (nota 55), p. 89.
- (64) ヤコブスの教科書(第2版)のスペイン語訳が1997年、ロクシンの教科書のスペイン語訳が総論第1巻(第2版)1997年、第2巻が2014年である。また、2005年にはシュトラテンヴェルトのドイツ刑法の教科書(第4版)が翻訳されている。
- (65) 因果論の立場はかなり少数になっていると思われる。しかし、それでは各論点において客観的な見解がほとんど唱えられていないかということそうではない。目的的行為論を基礎にした2元的な体系をとりつつ、客観的要素も厳密に要求する立場から、未遂犯の危険は客観的に判断されなければならないとして、不能未遂の不可罰性を導く論者もいるのである。José Cerezo Mir, *Derecho Penal. Parte General. Introducción*, I, 4.^a edición, 1994, pp. 393ss. y mismo, *La regulación del „iter criminis“ y la concepción de lo justo en el nuevo Código penal español*, RDPC núm. 1 (1998), pp 13ss. (20). 江藤隆之「スペイン刑法における不能未遂の可罰性」桃山法学30号(2019年)27頁以下参照。
- (66) 「構成要件に該当し、違法で有責な人間の行動 (comportamiento humano, típico, antijurídico y culpable)」と表現するものに、Zárate/González, PG (nota 10), p. 139, 「犯罪とは、構成要件に該当し、違法で、有責な作為または不作為のすべてである (El delito es toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable.)」と表現するものに、Rueda, PG (nota 55), p. 81, 「構成要件に該当し、正当化されない有責な行為 (acción típica, no justificada y culpable)」という表現を紹介するものに、Obregón/ Gómez, PG (nota 5), p. 39; también v. Cuello/ Mapelli, PG (nota 57), p. 65s.
- (67) スペイン刑法においても、学説は激しく争っており、各犯罪成立要件の内実は、もちろん論者ごとに異なっているため、それをすべて描写することは不可能である。
- (68) P. ej. v. Rueda, PG (nota 55), p. 83.
- (69) v. Obregón/ Gómez, PG (nota 5), p. 47. 同書は、「行為を独立させることに対する批判は、強固だが決定的ではない (sólidas, pero no definitivas)」として、行為論の擁護を試みる。

- (70) Rueda, PG (nota 55), p. 83. 同書は、思想・内心は処罰されないという原則および刑法10条から、作為・不作為の存在は犯罪の第一要素であるという。
- (71) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 140.
- (72) Rueda, PG (nota 55), pp. 84s.
- (73) Zárate/ González, PG (nota 10), p. 140.
- (74) ペロン・前掲注(9)152頁は、「Welzelの目的的行為論は、ドイツにおけるよりもはるかに賛同者が少なかった。もっとも、そこから帰結する『人的』違法観はその後多くの教科書の基礎になっている」という。実体としてその通りであるが、現在でも *causalismo* (因果論) と対立する立場である「人的違法論」を指して *finalismo* ということがあるので注意が必要である。なお、やや古いドイツ語の文献ではあるが、Gimbernat, a.a.O. (Anm.61), S.155. は、「因果論者も目的論者も (sowohl Kausalisten als auch Finalisten)」という表現で刑法学者一般を表現している。
- (75) Obregón/ Gómez, PG (nota 5), p. 41.
- (76) スペイン語は単語の繰り返しを避けるという修辞上の特徴が強くあり、その影響は法学文献にも及んでいる。そのため、専門用語であっても似た言葉で言い換えられたり、同じ言葉を広義・狭義で使ったりすることがある。また、同じ概念を表す単語がいくつも用意されていることもある(たとえば *finalismo* や *acción* や *hecho* は多義的であり文脈による把握が必要になるし、*culpa* と *imprudencia* は「過失」として同義でありつつ前者については同時に「責任」の意味を持つなど多義的である)。この点について注意が必要である。山田・前掲注(2)はしがきも参照。
- (77) 日本における二元論体系にきわめて近い体系を叙述する教科書として Cuello/ Mapelli, PG (nota 57) がある。同書は、不法に結果無価値と行為無価値とを要求し、各論点において客観的要件と主観的要件とをそれぞれ検討するといった体系に基づいている。
- (78) スペインにおいては、最高裁判所が積極的に法解釈を提示することが行われており、その最高裁の判断もまた刑法学の理論的装いに充ちている。その裁判所の解釈をコンパクトにまとめた資料集として、Jerónimo Gracia San Martín, *Doctrina Penal Actualizada*, 2018 は有益である。同書は、刑法典の重要条文を掲げ、そこに最高裁の各判断を列挙するというコンメンタール型判例集のスタイルを採っている。